

【婚姻の解消】

1 婚姻の解消の二態様

- ・ 死亡解消と離婚

2 夫婦の一方の死亡による婚姻の解消

- ・ 死亡には失踪宣告 (30条) や認定死亡 (戸89条) を含む。
- ・ 婚姻届が郵送されて受理前に死亡すると、婚姻が成立と同時に死亡解消 (戸47条)
- ・ 姻族関係：意思表示によって解消可能 (728条2項)
扶養義務 (877条2項) ・ 扶助義務 (730条) などの消滅
- ・ 氏：復氏するかどうかは自由選択 (751条1項)
復氏は届出により (戸95条) 婚姻前の戸籍に戻るか新戸籍を編製 (戸19条2項)
姻族関係の消滅と無関係。
- ・ 姻族関係の終了又は復氏の際、祭祀財産承継者の決定を要す (751条2項)

【離婚の実態と背景、諸国の動向】

1 離婚の統計的実態

- ・ 1971年10万件 1983年18万件 1996年20万件。新規婚姻の4組に1組が離婚する割合
- ・ アメリカ・ロシア・ドイツ・イギリス・フランスなどに次ぐ数
- ・ 離婚に巻き込まれる子供の増加 1950年：1/472人 1994年：1/144人
- ・ 中高年離婚の増加 平均別居年数 1950年：5.3年 1995年：10年
同居後20年以上の夫婦の離婚が1995年では離婚全体の16.4%
- ・ 協議離婚がほとんど 協議離婚90.4%、調停離婚8.7%、審判離婚0%、裁判離婚0.9%

2 背景

女性の経済的自立、社会参加の活発化

意識の変化：「人生の失敗」から「再出発」「明るい離婚」へ

核家族化・家族行動の個人化

3 欧米の離婚法の動向

- ・ キリスト教の婚姻非解消主義 (実態は婚姻無効や未完成婚概念で糊塗)
- ・ 有責事由ある場合の裁判離婚の容認 (有責主義) へ
- ・ 1960年代から破綻主義の採用 + 離婚給付の強化・別居期間の法定・苛酷条項による制約・国家機関の関与による離婚配偶者や未成熟子の保護 (水野の強調するところ)

通謀離婚訴訟による事実上の合意離婚の増加、有責主義の欠点（法廷でのプライバシー暴露と泥仕合）、事実上の重婚や非嫡出子の増加
大村137頁は単線的な「有責主義から破綻主義への移行」という評価に懐疑的。

【離婚手続】

1 4種の離婚手続

2 協議離婚（763条）とその問題点

- ・ きわめて簡便：当事者の合意 + 離婚届（764条 739条）。

未成年者のいる夫婦では親権者を定めることが受理要件（765条1項）。
離婚に伴う経済的処置や子の監護など重要事項決定が要件でない点は問題
形式的平等に基づく意思自治は、弱者にしわ寄せされる。

- ・ 旧法以来の協議離婚の採用理由：夫からの単意離婚（追い出し離婚）の伝統。国家は「家」の私事に口を出すな。家風に合わない嫁を実家に返す慣習の法認（協議は当事者ではなく実質的に「婚家」と「実家」）
- ・ 現行法での継続理由：裁判所での確認手続は事務量が多すぎて不可能。事実上の離婚が増加するおそれ。
- ・ 意思のない離婚届は無効 1952年に離婚不受理申出制度を創設。1995年では3万件強。詐欺・強迫による離婚は婚姻の取消に準じて取り消せる（764条 747条）

判例 マ16（不受理申出を看過した翻意後の離婚届は無効）

マ17（無効な協議離婚後、離婚慰謝料を払う調停の成立を追認と認める）

離婚意思には実質的意思を要するか、形式的意思で足りるか。

判例 離婚意思は届出意思だけで足り実質的な夫婦関係の解消の意思や実態は不問。

（形式的意思説）離婚の副次的効果（財産分与による財産隠し：マ15、氏の変更、社会保障費受給など：百12）を目的とする「仮装離婚」も有効。

身分行為効果の安定。根源は簡便な協議離婚制度の存在（水野・後掲148頁）。

3 調停離婚（家審21条1項）・審判離婚（家審24条）

- ・ 調停離婚は家事審判官と調停委員を介した合意離婚。
- ・ 審判離婚は離婚自体には合意があるが些細な点で調停が不調の場合。異議で失効。もともと、近年は審判見直しの機運が高まっている。

異議の少なさ、訴訟をためらう当事者の救済、調停と訴訟の連携

（浦本・後掲207～208頁）。家庭裁判所への一元的吸収が望ましかろうが・・・。

4 裁判離婚 【離婚原因】へ

離婚原因 - 裁判離婚】

1 七七〇条の離婚原因に関する一元論と多元論（大村140頁）

一元論（通説） - 訴訟物は一つ	vs	多元論（判例） - 訴訟物も別（百16 = マ26）
1 ~ 4号 例示的列挙		1・2号 有責主義 - 絶対的離婚原因性を強調
5号（相対的離婚原因）で包括		3号 有責主義とも破綻主義とも理解可
1 ~ 4号に形式的に該当しても、 破綻がなければ離婚請求を否定		4号 破綻主義だが2項で制約
（各号か5号か2項による - 見解対立）		5号 1 ~ 4号とは別
2項は注意的規定		2項によって1 ~ 4号が相対化

2 それぞれの離婚原因

(1) 不貞行為（一号） - 戦後改正で平等化

- ・ 異性との性行為による貞操義務違反。相手方の自由意思の有無を問わない。

判例 百13：強姦事例

(2) 悪意の遺棄（二号）

- ・ 正当な理由のない同居協力義務違反行為。追い出しなどを含む。

(3) 三年以上の生死不明（三号）

- ・ 帰責事由を問わない蒸発等。裁判離婚の相当数を占める。失踪宣告では死亡解消。

(4) 回復の見込みのない強度の精神病（四号） - 戦後改正で挿入

- ・ 精神的交流の欠如 - 精神障害による協力義務の履行不能の事態。難病の場合 5号へ。
「美談」を強制しても不幸が増えるだけ。

判例 厳格な運用をするほか二項による棄却を認める。

最判昭33年7月25日民集12巻12号1823頁：病者の今後の療養・生活等の「**具体的方途**」を講じて見込みがつかなければ、二項で棄却。

公的な支援体制の不備、離婚後扶養の調整手続の不備

百14 = マ25：「方途」を緩和（療養費支払意思や子供の養育など）

- ・ 学説：破綻主義の意義を弱めるとして批判的。調停や二四条審判活用など。
- ・ 改正要綱：精神病患者差別意思助長のおそれがあるとして削除案

(5) その他婚姻を継続しがたい重大な事由（五号）

- ・ 具体例

他方配偶者の暴行・虐待、 重大な侮辱、 犯罪、 浪費癖等協力扶助義務の著しい違反、 性生活上の異常や不一致、 価値観・生活感覚の不一致、 愛情の喪失、 他方配偶者の親族との不和、 アルツハイマーなどの難病、 過度の宗教活動（マ27）、 さらにDVも。

- ・改正要綱：「婚姻関係が破綻して回復の見込みがないとき」と明記

3 有責配偶者からの離婚請求

- ・最判昭27年2月19日民集6巻2号110頁（踏んだり蹴ったり事件）：**消極的破綻主義**
権利濫用、クリーンハンドの原則、追い出し離婚防止、無責配偶者の保護、婚姻
道徳の維持

- ・若干の緩和（有責度の衡量、破綻後の有責行為は不問）

- ・百32 = マ28（1987年）：**三要件**を示して信義則上請求を肯定できる場合を容認
相当長期の別居（この事例は36年）、未成熟子の不存在、苛酷状況の不存在
この判決が**積極的破綻主義**に踏み切ったものかどうかの評価は微妙。

- ・その後の展開

判例 は8年前後が一つの限界線（最判平元年3月28日家月41巻7号67頁と最判平2年
11月8日家月43巻3号72頁）、は絶対でない（マ29）、むしろ子供のために離婚す
る方がよい場合が多い（後掲・円論文）、高額の財産分与が目立ち、三要件から
個々の事例における有責者の誠実性に焦点が移行

改正要綱：破綻主義を明確化する五年別居条項を導入；諸外国より期間が長いが、1

- ・2年の別居期間でよいとする法制は協議離婚を認めないことに注意。

苛酷条項による裁量棄却

五年別居やその他の破綻の場合に、**信義則条項**（協力扶助義務の著しい懈怠
当事者の離婚請求は棄却）を追加

裁量には反対有。また財産分与の申立てとのリンクはされていない。

【参考文献】

- ・水野紀子「離婚」『民法講座7』143頁以下
- ・副田隆重 = 棚村政行 = 松倉耕作『新・民法学5 家族法』59頁以下（統計数値）
- ・『講座現代家族法第2巻』所収の依田精一「協議離婚」、浦本寛雄「離婚と家庭裁判所」、二宮孝富「有責配偶者の離婚請求」、円より子「離婚と子供」、上野雅和「仮装の婚姻と離婚」の各論文
- ・道垣内弘人 = 大村敦志『民法解釈ゼミナール』所収の「離婚原因」〔大村〕